

KELSEN Y SCHMITT: DOS JURISTAS EN WEIMAR*

KELSEN AND SCHMITT: TWO JURISTS IN WEIMAR

Josu de Miguel Bárcena
Universidad Autónoma de Barcelona

Javier Tajadura Tejada
Universidad del País Vasco/EHU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. IDEAS Y CONCEPTOS PARA UNA CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL. 2.1. Kelsen: el discreto encanto de la normalidad. 2.2. Schmitt: lo irregular como fenómeno central del estudio del derecho. III. ESTADO Y CONSTITUCIÓN EN KELSEN Y SCHMITT. 3.1. El Estado constitucional kelseniano. 3.2. Estado y Constitución en Schmitt. IV. LA POLÉMICA EN TORNO A LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. 4.1. La cosmología democrática de Kelsen. 4.2. Schmitt: el momento autoritario de la democracia. V. LA CONTROVERSIA EN TORNO A QUIEN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN. 5. 1. Kelsen y el Tribunal Constitucional como legislador negativo. 5. 2. Schmitt y el jefe del Estado como defensor de la Constitución. 5.3. La réplica de Kelsen a Schmitt. VI. CONCLUSIONES.

Resumen: Kelsen y Schmitt han sido considerados tradicionalmente como dos de los juristas más importantes de Weimar, aunque el canon constitucional de la República lo construyeron probablemente otros autores más relevantes en su tiempo. A partir de esta premisa, el presente trabajo realiza una aproximación al pensamiento de ambos juristas, proponiendo un diálogo contrapuesto que tenga en cuenta elementos fundamentales como el Estado constitucional, la democracia y la defensa de la Constitución. El texto defiende la actualidad y vigencia de muchos de los conceptos manejados por Kelsen y Schmitt, pese a las diferencias metodológicas e ideológicas que ambos mantenían.

Abstract: Kelsen and Schmitt have traditionally been considered as two of Weimar's most important jurists, although the constitutional canon of the Republic was probably built by other more relevant authors in their time. From this point of view, the present work makes an approximation to the political thought of both jurists, proposing a contrasting dialogue that takes into account fundamental elements such as the constitutional State, democracy and the defense of the Constitution. This paper defends the actuality of many of the concepts handled by Kelsen and Schmitt, despite the methodological and ideological differences that both maintained.

Palabras clave: Kelsen; Schmitt; Weimar; Estado constitucional; democracia; defensa de la Constitución.

Key words: Kelsen; Schmitt; Weimar; constitutional State; democracy; defense of the Constitution.

* El trabajo se inscribe en las tareas del proyecto de investigación HAR2017-84032-P y del grupo GIU 215/18 respectivamente financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España-Agencia Estatal de Investigación/FEDER, Unión Europea, y por la UPV-EHU.

I. INTRODUCCIÓN.

Weimar constituye uno de los momentos más importantes de la historia del derecho público europeo. Como se sabe, la República puso en marcha por primera vez en la historia continental, un experimento de constitucionalismo democrático¹. Con tal objetivo se aprobó, en 1919, una Constitución donde se pretendió superar las insuficiencias del liberalismo decimonónico, reconociendo la necesidad de conformar estatalmente la sociedad e integrar a las masas. Por supuesto, el producto final fue un Estado poliédrico e inacabado, porque el pluralismo constituyente fue incapaz de superar las tendencias organicistas a la hora de conformar la relación entre la unidad y la diversidad jurídica, establecer una forma de gobierno que se decidiera por un sistema parlamentario o presidencial o concretar una carta de derechos fundamentales con cierta coherencia material.

Como ocurrió en otras experiencias comparadas de su tiempo, la endeble presencia del *homo democraticus* liberal y tolerante –Mortati habló de República sin republicanos– permitió que, sobre todo a partir de 1924, se terminara imponiendo la perspectiva neohegeliana que rechazaba que la nueva Constitución fuera un fiel reflejo de lo que se consideraba el espíritu objetivo del pueblo alemán². En gran medida, no resulta exagerado afirmar que dicha Norma vivió en la sociedad más gracias a los juristas que a los propios ciudadanos. Como ha señalado Stolleis, fueron estos los que, durante sus casi 14 años de existencia, se dedicaron a realizar una tarea titánica de interpretación para intentar aplicar a la realidad un sistema constitucional con las deficiencias más arriba apuntadas³.

El resultado de aquella tarea fue un conjunto de aproximaciones sobre el valor del parlamentarismo, la comprensión de la representación, el papel de los partidos políticos, el concepto de ley y la relación entre el Estado de Derecho y la democracia, que todavía hoy son patrimonio común del derecho y la Teoría del Estado. Naturalmente, en torno a estas y otras cuestiones se erigió una disputa metodológica de gran relevancia. Así es como se formaron científicamente tres grupos claramente diferenciados en el contexto de los debates doctrinales centroeuropeos: uno positivista al que pertenecían Thoma, Anschütz y Nawiasky, otro que se aglutinaba bajo el rótulo neohegeliano de las ciencias del espíritu, en el que se encontraban personajes tan dispares como Schmitt, Heller y Smend y, finalmente, un tercero encabezado por Kelsen y su escuela, que mantenía posiciones beligerantes con el positivismo clásico. No se puede establecer, por tanto, un paralelismo entre la disputa metodológica y política: Heller y Kelsen,

¹ Mauricio Fioravanti, “Estado y Constitución”, en Mauricio Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13 – 43.

² Horst Möller, *La república de Weimar: una democracia inacabada*, Antonio Machado, Madrid, 2012.

³ Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Marcial Pons, Madrid, 2017 y Constantino Mortati, “Valoración de conjunto de la experiencia constitucional”, en el Vol. *La Constitución de Weimar. (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, Tecnos, Madrid, 2010.

que estaban políticamente unidos por la socialdemocracia, eran intelectualmente contrincantes⁴.

El presente artículo versará sobre la contraposición del pensamiento constitucional de dos de los autores anteriormente citados: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Pese a lo apuntado, no resulta descabellado afirmar, como nos ha recordado Eloy García, que ambos fueron en gran medida dos *outsiders* en lo que se refiere al despliegue de la joven República. En cuanto a Kelsen, nació en Praga y desarrolló el núcleo práctico de su vida intelectual, académica e institucional (fue presidente del Tribunal Constitucional), en Austria. Es verdad que entre 1930 y 1933 se convirtió en catedrático de la Universidad de Colonia, institución que tuvo que abandonar como consecuencia de la persecución judía impulsada por los nazis⁵. Su admiración por la Constitución alemana –“la más libre Constitución que un pueblo se haya dado nunca”, llegó a señalar- y su vinculación a la órbita de profesores de derecho público de habla alemana, no evita pensar en un Kelsen cosmopolita que tuvo cuatro nacionalidades y dio clases en universidades de cinco países (Austria, Suiza, Checoslovaquia, Estados Unidos y la propia Alemania). Su conexión con Weimar podría considerarse circunstancial a tales efectos.

Lo mismo podría decirse, aunque con muchísimas más cautelas, del propio Schmitt. El autor nacido en Plettenberg, nunca formó parte del núcleo original de juristas que ayudaron a conformar el canon constitucional de Weimar (Preuss, Anschütz, Thoma). Los inicios y los años de esplendor de la República (1919 – 1928) le sitúan en su periodo de formación como profesor, realizando diferentes movimientos para intentar mejorar su situación universitaria y profesional (Estrasburgo, Múnich, Bonn, Berlín y Colonia). Su opción por el poder, y no tanto por la democracia, le sitúan, eso sí, entre 1930 y 1933, en alguna de las órbitas periféricas de la maquinaria política de Weimar, enfrentándose desde un punto de vista intelectual e ideológico, ante el dilema de tratar de salvar la República o apuntarse al nuevo credo del nazismo⁶. Schmitt comenzó a alcanzar prestigio en el final de Weimar, como lo demuestra su nombramiento para la Cátedra de Derecho Público de la Universidad de Berlín en otoño de 1933⁷.

Sin embargo, resulta inevitable que la mirada histórica, cuando vuelve al tiempo de Weimar, coloque a Schmitt y al propio Kelsen en el vértice de las disputas teóricas que en ella se produjeron, acaso porque las aportaciones clásicas de ambos han envejecido mejor que las de ningún otro, acaso porque trataron con inusitada claridad conceptos, problemas y dilemas filosóficos que

⁴ Federico Fernández – Crehuet, “Acerca de mitos y construcción de discursos en el derecho público”, en Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, op. cit., p. 27.

⁵ Estas y otras cuestiones, en Rudolf Á. Metall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976.

⁶ Este y otros extremos, en su biografía más completa y objetiva hasta el momento; Rudolf Mehring, *Carl Schmitt: a biography*, Polity Press, Cambridge, 2014.

⁷ Su influjo en España también es patente a partir de la década de 1930; al respecto, ver Gabriel Guillén Kalle, *Carl Schmitt en la Segunda República*, Reus, Madrid, 2018.

hoy en día siguen presentes a la hora de descifrar una crisis –la actual-, que guarda ciertas similitudes con el excitante y trágico periodo de entreguerras⁸.

Hecha esta aclaración previa, que creíamos necesaria, el presente artículo se dividirá en los siguientes apartados: en el primero, dejando al margen la presente introducción, analizaremos la perspectiva metodológica de Kelsen y Schmitt teniendo en cuenta las principales obras dedicadas al derecho constitucional. En el segundo, examinaremos los conceptos relacionados con la Teoría de la Constitución y del Estado, sin ánimo de exhaustividad dado lo limitado del espacio. En el tercero, enfrentaremos los dos modelos de democracia que se detectan en sus principales obras sobre la materia. Por último, recordaremos su polémica más conocida: aquella que versa sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. Aunque esta fue, probablemente, la disputa más clara entre Kelsen y Schmitt, adoptaremos un enfoque antagonista que abarque todo su pensamiento, cuyos presupuestos y despliegue teórico – práctico fueron radicalmente distintos⁹.

II. IDEAS Y CONCEPTOS PARA UNA CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL.

En el presente apartado pretendemos dar unas pinceladas básicas sobre los contornos de la controversia jurídica que mantuvieron Kelsen y Schmitt. Para ello será necesario aludir a las categorías constitucionales fundamentales que desarrollaron a lo largo de su vida en sus trabajos más conocidos. Hay que tener en cuenta que todas estas cuestiones han sido abordadas durante décadas por análisis más amplios centrados en la obra de cada autor por separado. Acudan a ellos para profundizar en el tema. Nuestro objetivo, como lo acabamos de decir, tiene otros fines: mostrar las principales discrepancias siguiendo una fórmula de epístola académica donde de forma directa o indirecta Schmitt va contestando las tesis de Kelsen. Se confrontan también, al margen de las cuestiones materiales, dos estilos literarios y dos filosofías con una relación compleja –y a veces inesperada- con la tradición jurídica alemana desarrollada a partir del siglo XIX.

Partamos de una idea clara: para Kelsen y para Schmitt, el derecho es un fenómeno infundado. Para el primero, esta carencia de fundamento o legitimidad lo vuelve puro y susceptible de ser estudiado científicamente. Por ello, dará prioridad a la regularidad, a todos aquellos procesos que dan sentido a lo que vamos a denominar como “normalidad institucional”. Para el segundo, sin embargo, dicha carencia termina por ensuciar el derecho con la política: lo vuelve impuro y hace incluso posible que sea orientado hacia el enemigo político. Por ello, volcará su interés en lo irregular, en todas aquellas situaciones donde se descubre la cortina del escenario institucional y se accede a los momentos donde la certidumbre jurídica deja de operar como principio ordenador de la sociedad. Ninguna de las dos perspectivas puede ser dejada de lado, por mucho que podamos tener más simpatía o afinidad ideológica o personal por un autor o por otro.

⁸ José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

⁹ Hemos desarrollado más ampliamente estas cuestiones en Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018.

2.1. Kelsen: el discreto encanto de la normalidad.

Como fenómeno infundado, el derecho es para Kelsen una técnica social para provocar cierta conducta recíproca en los seres humanos. En dicha técnica es especialmente importante la organización de sanciones, lo que convierte al derecho en un orden coactivo donde el monopolio de la fuerza lo tiene el Estado. Kelsen es hobbesiano en el sentido de rechazar la bondad del hombre y las ideologías anárquicas que nieguen la sociedad, sobre todo si de lo que se trata es de organizar la propia libertad. Interesante es señalar que asigna a la comunidad el uso de la *fuerza*, mientras que a los particulares les atribuye el uso de la *violencia*. Esta diferencia de sustantivos no debió ser inocente: quizá con ella quería salir al paso de la definición de Estado elaborada por Weber¹⁰. El derecho en Kelsen es por tanto un medio para conseguir la paz (una paz relativa, eso sí), no pudiéndose afirmar entonces que tal concepción no esté dirigida por unos fines y valores concretos, como se ha repetido en muchas ocasiones.

En cuanto a la norma, para Kelsen es un juicio hipotético que conecta un supuesto fáctico ilícito con una consecuencia jurídica por medio de un nexo de “deber ser”. La norma jurídica completa es la “proposición jurídica” que se desdobra en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La proposición parte de la hipótesis de que se produzca un hecho considerado ilícito (por ejemplo, un homicidio, el impago de una deuda, una infracción de tráfico). La sanción sigue al acto ilícito no como efecto de una causa, sino como una consecuencia imputable a aquel acto. Este acto es considerado ilícito por el legislador, que es quien también decide imputar una determinada consecuencia jurídica a dicho acto: pero la ley nunca es “voluntad” del legislador si por voluntad se entiende un fenómeno psicológico. Esta conexión entre supuesto de hecho y sanción jurídica abre muchos interrogantes en torno a aquellas normas que no contienen reproches concretos en caso de incumplimiento, como ocurre en el caso de numerosas disposiciones constitucionales que en nuestro tiempo reconocen valores o principios¹¹.

Para Kelsen el derecho es también un sistema de normas, un conjunto normativo cuya descripción es tarea de la ciencia jurídica. Ahora bien, hay que distinguir dos tipos de sistemas normativos: el estático y el dinámico. El primero es propio de la moral (nomoestática). Consiste en que, a partir de una norma general, se derivan preceptos concretos por medio de la deducción lógica. El tipo dinámico es propio del derecho (nomodinámica). Este es un sistema cuyas normas no derivan unas de otras por mera deducción lógica sino por intermediación de “actos de voluntad” creadores de las normas. Entre la Constitución y una ley se interpone la voluntad del legislador que la promulga sin más límites que los previstos por el ordenamiento: establecer límites materiales a lo decidible implicaría entrar en el terreno de lo irracional. Entre la ley y la sentencia se interpone también la voluntad del juez que la dicta, lo que parece introducir una lógica decisionista. El sistema jurídico presupone en todo caso una estructura jerárquica, concepción que Kelsen tomó de su discípulo Merkl.

Por lo que se refiere al contenido de las normas, la famosa *Teoría pura del derecho* se plantea como opuesta a cualquier intento de legitimación política, por

¹⁰ Max Weber, *La política como profesión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, p. 57.

¹¹ Eugenio Bulygin, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milán, 2006.

lo que parece poco apropiado hacerla acreedora del frecuente reproche de ser una teoría que busca la obediencia incuestionada y ciega de las normas a base de legitimar sus contenidos¹². Es una orientación antiideológica, basada en postulados relativistas, la que lleva a Kelsen a propugnar el derecho positivo como el único modelo de dirección social que puede operar por encima de las distintas ideologías y sistemas de valores, como patrón común de la contraposición entre ellas y entre los intereses que las inspiran. Como señala García Amado, dado que su filosofía relativista le impide legitimar la primacía de un determinado sistema material de valores, estimará preferible un derecho en el que todos los valores puedan por igual manifestarse y competir abiertamente por el dominio de la sociedad. De ahí la defensa kelseniana de la tolerancia y la democracia¹³.

A nadie se le escapa que el derecho positivo tiene que presuponer una idea de justicia, aunque sea también de carácter formal. Recordemos, en tal sentido, que el propio Bobbio afirmará que el positivismo se identifica con cierto tipo de valores relativos (legalidad, orden, paz), para cuya realización parece particularmente idónea la existencia de un ordenamiento jurídico¹⁴. En Kelsen, la idea de derecho positivo implica sin duda un patrón de orden del que se desprende la necesidad de aplicación igual de sus preceptos. Por eso la justicia formal del derecho positivo también se expresa en la seguridad jurídica, que aunque para Kelsen es un requisito funcional del sistema, no deja de ser un valor de gran importancia en la predictibilidad y regularidad de la aplicación del derecho y en el ejercicio de los derechos de los particulares.

Pese a este presupuesto formal, Kelsen rechazó que la obediencia a las leyes tuviera que derivar de la *legitimación* de la autoridad jurídica que tiene que imponerlas. En el fondo de esta doctrina late la idea de que el derecho es necesario para que exista la sociedad. En cualquier caso, ese respeto es más plausible si se cumple la exigencia de que los dominados acepten democráticamente el dominio legal como premisa lógica para la consecución de cualquier forma de vida civilizada. “El orden social significa la determinación de la voluntad del individuo. La libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social”¹⁵.

Por último, cabe identificar en Kelsen una preferencia clara por el individualismo metodológico, lo que desemboca en el rechazo de las doctrinas que se fundan en el superior valor del grupo frente a los ciudadanos. Por ello atribuía gran mérito a la teoría freudiana, que había aportado un trabajo preparatorio

¹² Kelsen contribuyó sin duda a esta interpretación, cuando en su prólogo a la *Teoría pura* de 1934 señalaba que para los fascistas la misma “se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado”, Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 37.

¹³ Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹⁴ Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2015.

¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, UNAM, México, 1995, p. 338.

inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus elementos psicológicos individuales las hipóstasis revestidas de toda la magia de las antiguas palabras: Dios, sociedad, Estado. Frente a Hayek, por ejemplo, afirmará que no es asumible fuera del marco de las ideologías un enfrentamiento entre el individuo y la sociedad, pues la organización de la comunidad política a través del derecho aseguraba una cierta sociabilidad como consecuencia del igual valor atribuido a todos¹⁶. Sin duda, su propuesta de un derecho internacional monista está influenciada por las asunciones epistémicas anteriormente aludidas, pero también por su rechazo explícito a una razón de Estado que deje completamente desprotegido al individuo. Su teoría del derecho internacional jerárquico y monista permitió avances en una disciplina que vacilaba entre un modo de ser estatal-individualista y uno universal - humanista.

2.2. Schmitt: lo irregular como fenómeno central del estudio del derecho.

Frente al normativismo de Kelsen, Schmitt cree que la principal preocupación del jurista debe de ser el problema derivado de la praxis. A partir de esta realidad, Schmitt identifica los dos peligros que acechan a la “certeza, determinación y estabilidad” del derecho: la ley derivada del parlamento y la Constitución que debe servir para dar seguridad al sistema decisorio del Estado. Cuando ambas normas producen vacíos como consecuencia de su indeterminación, tienen que entrar en funcionamiento actos y categorías jurídicas más concretas que suturen el ordenamiento jurídico. Esta preocupación explica la preferencia de Schmitt por la decisión judicial y por las medidas, que abarcan tanto las actuaciones administrativas tradicionales, como las acciones excepcionales del presidente que protege la Constitución. Acierta de pleno Fioravanti cuando apunta que en el jurista de Plettenberg tenía alma de administrativista, en la medida en que creía que ese sector jurídico se adaptaba mejor que ningún otro a uno de sus aforismos vitales preferidos: *rebus sic stantibus*¹⁷.

Como se sabe, para Schmitt el funcionamiento normal del Estado en cuanto a ejercicio de competencias fijas y regulares establecidas por el derecho supone una ilusión sin fundamento (en la línea de Nietzsche y *La voluntad de poder*). El carácter rígido, repetitivo y previsible de la normalidad kelseniana es un espejismo que no puede permanecer frente al efecto vivificador de la situación excepcional. En la relación entre lo normal y lo excepcional, se esconde una oposición entre el pensamiento racional del positivismo y el pensamiento vitalista del existencialismo¹⁸. La decisión solo aparecerá, por lo tanto, cuando surja una situación excepcional, es decir, cuando exista una laguna constitucional absoluta, como ocurrió en el famoso conflicto presupuestario prusiano del siglo XIX. Recuerda nuestro autor: “Esta última época del Derecho Público alemán se

¹⁶ Carlos Miguel Herrera, “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21 (2), 1998.

¹⁷ Maurizio Fioravanti, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento”, in Gustavo Gozzi y Pierangelo Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania*, Il Mulino, Bologna, 1987.

¹⁸ Germán Gómez Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

caracteriza por no haber aportado una solución para el caso decisivo, es decir, ni para el conflicto constitucional prusiano con Bismarck ni tampoco, por consiguiente, para los siguientes casos decisivos”¹⁹.

Pese a ello, Schmitt no consideraba que las normas positivas fueran inútiles o que no debieran conformar el esqueleto central de un sistema jurídico. Lo que quiere decir es que la supervivencia de dicho sistema también depende de otros modos de pensar el derecho. Nociones como rey, *governor* o juez, nos trasladan inmediatamente a órdenes muy diferentes a las reglas que por ejemplo tratan de regular el horario de los trenes o la circulación vial. Se entiende entonces que Schmitt distinga entre un concepto racional de ley y un concepto existencial y voluntarista de medida. La primera se caracterizaría por el requisito de la generalidad expresada en sede parlamentaria, mientras que la segunda justificaría que el poder ejecutivo pudiese adoptar los actos necesarios e limitados, para la restauración del orden constitucional, como defendió en relación con el art. 48 de la Constitución de Weimar (en adelante CW)²⁰.

La medida nos lleva al segundo modo de pensar jurídicamente para Schmitt, la decisión: ésta sería la forma de crear derecho del defensor de la Constitución, el dictador soberano o el caudillo que lidera el *movimiento* nacionalsocialista. En su primer trabajo relevante, *Gesetz und Urteil*, escrito en 1912, Schmitt se enfrenta claramente al *Freirechtsbewegung* o derecho libre que pretende introducir al juez en un momento teleológico de confrontación y ponderación de intereses. Este movimiento estaría destinado a producir una gran inseguridad jurídica en su intento de integrar el nuevo pluralismo. Nuestro autor considera que la praxis de la ley produce incertidumbre y que por lo tanto debe ser la sentencia del juez la que salve la “oposición entre norma del derecho y norma de actuación del derecho”. Se atreve entonces a plantear una especie de iusnaturalismo judicial al señalar que la “decisión del juez es justa cuando es predecible y calculable”, es decir, cuanto otro juez en la misma situación es capaz de llegar a la misma conclusión. En los siguientes trabajos importantes, Schmitt se preocupa de este mismo problema, pero no a nivel ordinario sino propiamente constitucional. El paso de la Guerra Mundial y la complicada vida en la joven República de Weimar marcan sin duda el contenido de una de sus siguientes obras, *La dictadura*, escrita en 1921²¹.

En *La dictadura* la decisión soberana se desdobra en dos partes. Por un lado, tenemos la decisión que se produce en el contexto de la dictadura constituyente, es decir, en el marco del proceso político que tiene como objeto crear una nueva Constitución. Las alusiones a Cromwell, Rousseau o Sieyès son aquí permanentes. Por otro, tenemos la decisión que realiza el dictador comisario, aquél órgano previsto constitucionalmente que tiene como objetivo proteger la propia Constitución contra aquellas fuerzas que la amenazan. De ahí surge la repetida sentencia con la que comienza su *Teología Política*, conocida por todos: soberano es quien decide sobre el estado de excepción²². Schmitt sostiene que el

¹⁹ Carl Schmitt, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2012, p. 12.

²⁰ Carl Schmitt, *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012.

²¹ Contenido en Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, Tecnos, Madrid, 2013.

²² Carl Schmitt, *Teología política*, *op. cit.*, p. 13.

dictador comisarial no puede modificar la Constitución, solo crear las condiciones necesarias para que el derecho pueda volver a ser aplicado con normalidad. En este contexto comisarial, la asociación de la soberanía con la decisión tiene que ver con el *criterio político* (y por lo tanto subjetivo) del órgano competente para concluir cuándo se está ante una situación excepcional o cuándo no. Aquí se manifiesta la tensión entre derecho y poder que recorre toda la obra de Schmitt y que puede ser ejemplificado en el momento en el que el Consejo de Ministros español resuelve poner en marcha el art. 155 de la Constitución española (en adelante CE) como respuesta a la declaración unilateral de independencia del Parlamento de Cataluña el 27 de octubre de 2017.

El tercer modo de pensar el derecho será la institución u orden concreto. Aunque Schmitt no es muy claro al respecto, dicho modo parece coincidir con aquellas formas jurídicas que surgen de la legitimidad tradicional vinculada al devenir del pueblo alemán. Heredera de las tesis de Romano o Hauriou y a nuestro parecer de la escuela histórica de Savigny, la garantía institucional es sin duda una de las muchas aportaciones de Schmitt al constitucionalismo moderno²³. Con tal garantía nuestro autor pretendía que los actos del legislador o del juez respetaran el contenido de las distintas leyes constitucionales. La razón de esta fórmula es sencilla de entender: Schmitt no concibió un defensor jurisdiccional de la Constitución como el de Kelsen, lo que no resolvía el problema de los posibles ilícitos constitucionales cometidos por los distintos órganos del Estado. Esto planteaba, sobre todo, una encrucijada importante con respecto a los derechos fundamentales de la Constitución. Hoy sabemos que el adjetivo “fundamental” tiene que ver, precisamente, con la imposibilidad de que el legislador ordinario pueda disponer, al menos, del contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución (art. 53.1 CE).

III. ESTADO Y CONSTITUCIÓN EN KELSEN Y SCHMITT.

Como es bien conocido, Kelsen identifica el Estado con el ordenamiento jurídico, para tratar de romper la tradición secular alemana que, como consecuencia del iusnaturalismo de raíz histórica, había terminado identificando Estado con poder (Meinecke). El Estado se compone de una serie de elementos y entre esos elementos se encuentra, es verdad, el poder: pero es un poder jurídicamente limitado que se diversifica en una serie de funciones y competencias en orden a la creación del derecho. Dicha tarea se ejerce a través de una serie de normas generales (fuentes del derecho) previstas en lo que denomina Constitución material. A partir de esta premisa, Kelsen se plantea el problema del poder constituyente, que aborda mediante la categoría de norma fundamental, y la evolución del propio contenido de una Constitución cuya tarea esencial es buscar “la máxima juridicidad de la acción estatal”²⁴.

A diferencia de Kelsen, Schmitt no escribió una Teoría del Estado, sino de la Constitución, lo que indica la intención de cambiar el orden de los factores según el viejo positivismo alemán: primero la Constitución, luego el Estado. El elemento

²³ Juan José Solozábal Echevarría, “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991.

²⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 292.

político recorre toda la *Teoría de la Constitución* de Schmitt, particularmente en dos momentos esenciales: la aparición de un poder constituyente que decida sobre la Constitución y la configuración de un modelo de democracia que aporte la energía necesaria para que dicha decisión catalice la unidad del pueblo, es decir, el Estado. Por lo tanto, a diferencia de Kelsen, en Schmitt la Constitución debe ser entendida no como una limitación sino como una herramienta para permitir que el Estado adopte decisiones firmes y unívocas en la búsqueda de orden y seguridad: o por decirlo de otra manera, el Estado presupone al derecho y la Constitución le aporta una serie de elementos para garantizar la regularidad de la aplicación de las normas en caso de situación excepcional²⁵.

3.1. El Estado constitucional kelseniano.

“El Estado es una organización política, porque es un orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza”²⁶. Para describir esa organización Kelsen, ya lo hemos dicho, opta por una aproximación puramente “científica” en el sentido de que estudia sus elementos depurando su contenido sociológico o filosófico. Si se separa Estado y derecho se termina produciendo una hipóstasis en la que se confunde el sujeto y el objeto del conocimiento²⁷. Por ello, el poder, el territorio, el tiempo o el pueblo no serían más que la vigencia en sí del orden jurídico y los campos espacial y personal de éste. La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene que tener por objeto el estudio de los varios grados escalonados en la producción del orden jurídico.

No resulta preciso entrar a abordar, específicamente, la caracterización jurídica de los elementos que componen un Estado para el autor austriaco. Tampoco volver sobre cuestiones ya sabidas por todos, como la forma en la que los órganos del Estado producen y realizan el derecho de forma escalonada. Interesa, por el contrario, la relación entre el Estado y la “clasificación de los gobiernos”. Conviene advertir que, al igual que Schmitt, Kelsen no distingue claramente entre forma de Estado y forma de gobierno. Desde un punto de vista jurídico, “se trata de la distinción entre diferentes arquetipos de Constituciones. De aquí que el problema pueda ser presentado también como la distinción entre las diferentes formas de Estado”²⁸. Esas formas diversas se caracterizan por organizar constitucionalmente la manera en la que se producen las normas. Si escapamos de la aproximación clásica por ejemplo de Platón o Aristóteles, nos encontramos en esencia con “dos modelos de Constitución” para llevar a cabo dicha tarea: la democracia y la autocracia.

El criterio delimitador entre ambas formas de Estado es la libertad política: en la autocracia, los individuos no son ciudadanos, sino súbditos que no participan en la elaboración de las normas a las que se ven sometidos. Pese a que en su tiempo en Europa se había impuesto el comunismo y el fascismo en varios países, nuestro autor dedica muchas más páginas y esfuerzos a describir las

²⁵ José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989.

²⁶ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, UNAM, México, 1995, p. 226.

²⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 125.

²⁸ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, *op. cit.*, p. 335.

características del Estado democrático que las características del Estado autocrático. Este último se presenta como una dictadura de partido único (bolchevique y fascista) sostenido por la clase trabajadora (Unión Soviética) o por la clase media (Italia y Alemania). En estos sistemas hay una “completa supresión de la libertad”, penetrando el Estado “totalitario” en la esfera de la economía y de los intereses particulares. No puede ser inocente, en este sentido, que Kelsen señale que en las autocracias exista “una carencia de significación de las instituciones constitucionales”, en la medida en que las apelaciones formales a la voluntad popular o a la libertad individual aparecen como expresiones vacías destinadas a “confundir la fachada con la naturaleza interna del propio Estado”²⁹. Parece que estuviera apuntando a una identidad necesaria entre Estado constitucional y democracia, como consecuencia de la atribución de un contenido concreto al concepto de Constitución.

En términos jurídicos, la soberanía del Estado consiste en presentarse como un orden o autoridad suprema, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior: frente al poder físico natural, la “autoridad” proviene de un orden normativo último que autoriza la posibilidad de expedir a los órganos “mandatos”. Conforme a esto, “carecerá de soberanía aquella comunidad cuyo ordenamiento está situado bajo otro superior y encuentra en éste su razón de vigencia”³⁰. Sin embargo, Kelsen identifica, como hemos dicho en numerosas ocasiones, al Estado con derecho: siendo esto así, parece lógico pensar que más que el propio Estado, sea entonces la norma que culmina su ordenamiento la que sea considerada como soberana. La relación entre ordenamientos internos es una cuestión *normológica* que debe resolverse mediante la identificación de lo que nuestro autor llama “norma fundamental”.

En este sentido, para Kelsen la norma fundamental es una mera hipótesis que permitía explicar, en cierta medida, la efectividad de un ordenamiento jurídico dado: el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico es una norma fundamental presupuesta que estatuye que uno debe comportarse de acuerdo con una Constitución que ha sido efectivamente creada y es eficaz en términos generales. Para Kelsen, el deber ser de la norma, como puede ser el caso de la Constitución, nunca puede provenir del ser, a quien aspira a disciplinar. Por ello, pensar que la decisión constituyente de un pueblo que describe de forma mítica, puede servir para dar legitimidad (en términos de validez) a un ordenamiento jurídico, es un contrasentido a partir de sus propios presupuestos teóricos. Bobbio también ha explicado con meridiana claridad lo que hay detrás de la norma fundamental de Kelsen: cada sistema tiene un inicio, preguntarse qué hay detrás de este inicio es un problema infecundo. La única respuesta que se puede dar a quien quiere saber cuál es el fundamento del fundamento es que para saberlo necesita salir del sistema³¹. Se trata, por tanto, de un caso típico de aplicación al ámbito de la teoría general del derecho del teorema del matemático de Gödel, sobre los límites necesarios de la formalización de los sistemas lógicos.

Kelsen atribuye a la Constitución dos significados distintos: desde el punto de vista de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, la “norma

²⁹ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, op. cit., p. 360.

³⁰ Hans Kelsen, *Compendio de teoría general del estado*, Blume, Barcelona, 1979, p. 143.

³¹ Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turin, 1960.

fundamental” tiene la función esencial de crear las normas que regulan el proceso de la legislación. Esta es la que él denomina Constitución “material” –ya citada- y se identificaría con un contenido que podría concretarse en las fuentes del derecho y los órganos encargados de producirlo. La Constitución “formal”, sin embargo, se abriría, como ya se ve claramente en la Teoría del Estado de 1945, a una serie de contenidos más amplios que harían referencia, entre otras cuestiones, a la manera en que se reforma la propia Constitución o a las normas que regulan la creación y la competencia de órganos ejecutivos y judiciales supremos. No extraña que a partir de esta dicotomía, Kelsen diferencie lo que es la Constitución para la Teoría del Derecho (más atenta a la dimensión material) y para la teoría política (más atenta a la dimensión formal)³².

Kelsen tomó siempre una cierta distancia hacia la constitucionalización amplia de contenidos, lo que no debe confundirse con una concepción “liberal” del derecho³³. Si los contenidos de una Constitución no pueden ser garantizados en términos jurisdiccionales, su validez quedaría en entredicho como consecuencia de su ineficacia. La multiplicación de prescripciones socioeconómicas en las Constituciones, supone en la práctica una reducción de la capacidad de maniobra del legislador democrático, cuestión que no pudo escapársele a nuestro autor, muy pendiente de la necesidad de canalizar la expresión del pluralismo político en términos relativos. Por otro lado, la inclusión de cláusulas abiertas en las Constitucionales podría dificultar la caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, que pasaría a convertirse en un legislador positivo si tuviera que convertirse, por exigencias históricas, en el último y sistemático intérprete de las cláusulas imprecisas que el poder constituyente ha formulado³⁴. Veremos más adelante esta cuestión.

En cuanto a su reforma, Kelsen parece indudablemente influenciado por las categorías de Bryce. Lo que hace *rígida* a la Constitución es el establecimiento de mecanismos concretos para hacer más difícil su enmienda: fundamentalmente exigir una mayoría cualificada y un quórum mayor que el usual. Además, es posible que pueda prohibirse la reforma de alguna parte de la Constitución: no encuentra reparo técnico a que puedan existir cláusulas de intangibilidad, pese a que como veremos, deja entrever que la democracia puede prever su propia autodestrucción. Sin embargo, considera que los límites explícitos solamente son eficaces en relación con enmiendas realizadas a través del órgano de reforma. Ello porque la más rígida de las Constituciones lo es solo con respecto al derecho estatuido, no el consuetudinario³⁵. Cabe preguntarse si Kelsen está pretendiendo integrar dentro de la teoría un evento irregular en la vida derecho: por ejemplo la desobediencia o inaplicación general de la Constitución³⁶.

³² Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, op. cit., p. 306.

³³ Carlos Miguel Herrera, “Kelsen y el socialismo reformista”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 96, 1997.

³⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit. p. 320.

³⁵ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, op. cit., p. 308.

³⁶ Esta estrategia parece semejante a la que sigue con respecto a otros fenómenos parecidos (desuetudo) y consiste en presuponer que la norma básica también conferiría validez jurídica a las costumbres o convenciones constitucionales. Al respecto, Josep Aguiló Regla, “La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1991. En

3.2. Estado y Constitución en Schmitt.

En Schmitt, como hemos dicho, la relación entre el Estado y el derecho es diferente a la propuesta realizada por Kelsen. El Estado es un medio para permitir la creación del derecho, elemento que lo presupone. Por lo tanto, no puede hablarse de límites jurídicos a la actuación estatal, sino de medios institucionales para hacer permanecer el mundo del derecho. No es que a Schmitt no le interese la normalidad: es preciso recordar que frente a las acusaciones de falta de rigor metodológico, la *Teoría de la Constitución* (1928) es su propuesta –primera frase del libro– “para *sistematizar* el constitucionalismo del Estado burgués de Derecho” (cursivas nuestras). Ocurre que él es consciente de que dicho Estado está condenado a la inestabilidad como consecuencia de las transformaciones históricas y resulta necesario recurrir a otros modos de pensar que no sean el normativista. En este ámbito, la Constitución juega un papel conservador en dos direcciones.

En el espacio de los poderes constituidos, Schmitt realiza una definición de Constitución, al interpretar el art. 48 CW, muy diferente no solo a la que realiza Kelsen, sino a la que aparece como consecuencia de la aplicación de los principios demoliberales: “La Constitución dice lo que es el orden normal en el Estado. Su tarea y su valor consisten en resolver fundamentalmente la polémica sobre cuál es el interés común, la seguridad y el orden [...] El concepto de seguridad y de orden públicos reviste un interés no meramente en el ámbito del derecho de policía, sino que es también una categoría del derecho constitucional”³⁷. Entonces, la acción del dictador comisarial debe estar enfocada a “crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación en la cual tiene validez”³⁸. Fuera de los poderes constituidos, la teoría de la Constitución le interesa a Schmitt porque le ofrece una solución a la discontinuidad entre el poder y el derecho, ya lo hemos dicho. El poder constituyente brinda un recurso de gran utilidad para reconducir aquellas situaciones donde se va desde un ordenamiento total a otro ordenamiento total, sin perder juridicidad porque aparece el decisionismo (que es otro modo de producir derecho)³⁹.

A diferencia de Kelsen, Schmitt realizó un esfuerzo sintetizador de los diferentes *conceptos* de Estado. Estos conceptos persiguen dos intenciones distintas: una descriptiva, cercana a ciencia política clásica, y otra prescriptiva, asociada a las propuestas concretas para resolver la disolución de la autoridad que sufrió la República de Weimar en diferentes periodos de su existencia. Por cuestión de espacio, solo los citaremos, remitiéndonos a la bibliografía necesaria

cualquier caso, la desobediencia o inaplicación no son lo mismo que la revolución constitucional, a la que Kelsen denomina *coup d'état*: “ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y sustituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la sustitución no se hace en la forma prescrita por el orden anterior”. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, *op. cit.*, p. 138.

³⁷ Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, *op.cit.*, p. 331.

³⁸ Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, *op.cit.*, p. 215.

³⁹ En tal sentido señalará que la dictadura soberana “no suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como Constitución verdadera”; Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, *op.cit.*, p. 215.

para que el lector pueda profundizar más en el tema. En cuanto a la dimensión descriptiva, Schmitt distingue tres tipos de Estado de acuerdo al sistema de legalidad dominante: el *legislativo*, donde el parlamento es guardián del derecho racional que busca materializar el progreso a través de leyes justas siguiendo una dirección de clase (burguesía); el *jurisdiccional*, vinculado a la situación institucional medieval, que en gran medida heredó el mundo jurídico anglosajón y, por último; el *administrativo*, que aflora en situaciones de grandes cambios históricos y revolucionarios⁴⁰. En cuanto a dimensión prescriptiva, destacan en el jurista de Plettenberg el Estado *teológico*, que le sirve para establecer una nueva doctrina sobre la representación política; el *arbitral*, pensado para combatir el pluralismo social, económico y federal y, por último; el *total*, expresión que toma de su amigo Jünger (“movilización total”) y tiene como objetivo renovar las energías del poder público debilitado por el liberalismo⁴¹.

La afición por las categorizaciones de Schmitt, inherente a la teología política que desplegó durante su larga vida intelectual⁴², también se traslada a la idea de Constitución, que fue confusamente definida como *absoluta, relativa, positiva e ideal*. Nos interesa, en todo caso, la tercera de las definiciones: con él se quiere hacer, precisamente, una diferenciación entre Constitución como un todo y las leyes constitucionales dispersas. La Constitución como un todo surge de la decisión de un poder constituyente, que fija el “modo de existencia de una comunidad política”. La decisión implica, claro está, el reconocimiento de que el sujeto que decide existe previamente, sea el pueblo o la nación: “Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado, digno de existir” (cursivas en el original)⁴³. Este problema –cómo llega un sujeto a alcanzar la unidad para decidir- nunca fue resuelto ni abordado por Schmitt. En cualquier caso, lo importante es apuntar que entender la Constitución como una decisión totalizadora, conduce a una serie de resultados prácticos de gran trascendencia: no se podrá reformar -más que por la vía del poder constituyente- toda la Constitución, configurándose entonces un núcleo intangible que garantiza una serie de derechos fundamentales y formula unos deberes enfocados a la consecución de la lealtad constitucional.

Kelsen, ya vimos, trató de enfrentarse al problema del origen de los ordenamientos constitucionales, mediante la figura -seguramente poco satisfactoria- de la *norma fundamental*. Frente a este propósito, no es casualidad que Schmitt dedique una gran parte de su obra, de una forma o de otra, a la

⁴⁰ Carl Schmitt, *Legitimidad y legalidad*, Comares, Granada, 2006, p. 3 y Carl Schmitt, “El ser y el devenir del Estado fascista”, en Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 128.

⁴¹ Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política*, Tecnos, Madrid, 2011; Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2009. Un análisis sistemático de esta y otras cuestiones en Schmitt, en Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998.

⁴² Los conceptos o categorizaciones juegan en Schmitt un papel parecido al del *amigo y enemigo* pensado a partir de su teología política; sobre esta cuestión, ver Timo Pankakoski, “Conflict, Context, Concreteness. Koselleck and Schmitt on Concepts”, *Political Theory*, Vol. 38, n° 6, 2010 y Carlo Galli, *Genealogía della politica. Carl Schmitt e la crisis del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1983.

⁴³ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 51.

difícil cuestión del poder constituyente, “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política”. “Una Constitución -dirá- no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio *Ser*”⁴⁴. Dentro del poder constituyente hay que distinguir tres cuestiones de especial relevancia: el sujeto que lo protagoniza, su permanencia en el tiempo y la categorización del resultado derivado de su acción.

En cuanto al sujeto, Schmitt adopta en principio la noción democrática de poder constituyente del pueblo. Aunque cita al monarca, parece que lo considera como una opción o posibilidad del pasado. En esta cuestión, Weimar habría puesto a Alemania al día con respecto a Sieyès y la Revolución Francesa⁴⁵. En relación al tiempo, Schmitt considera que el poder constituyente permanece siempre: su dialéctica amigo/enemigo tenía como objetivo no abandonar nunca el estado de la naturaleza que parecía pretender superar⁴⁶. Es una posibilidad abierta históricamente porque persiste por encima y más allá de la Constitución por la que se expresa. Al lado y sobre la Constitución sigue existiendo un poder que puede actuar como dictador soberano imponiéndose a la lógica de los poderes constituidos. Por último, la actuación del poder constituyente puede tener dos resultados distintos: por un lado, la destrucción de la Constitución y el desplazamiento de un poder constituyente por otro (dicho poder no puede desaparecer nunca) y, por otro, la destrucción de la Constitución sin aparición de un sujeto constituyente distinto. Sea como fuere, Schmitt reitera que el poder de reforma nunca puede ser un poder constituyente, porque la reforma es una competencia limitada en lo formal y en lo material de un poder legislativo que no obstante se caracteriza como extraordinario⁴⁷.

Por último, al igual que Kelsen, Schmitt creía que las Constituciones no deberían ser normas de justicia. Su posición al respecto estaba determinada por una construcción que al final dejaba poco espacio a la coherencia: la decisión implicaba homogeneidad, por lo que el reconocimiento de valores contrapuestos puede incentivar una lucha política entre enemigos que, en el contexto de democracias relativistas, conduciría inevitablemente a la guerra civil al no existir mecanismos de defensa del sistema político⁴⁸. Este argumento aparece en todo su

⁴⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 94. La primera edición –por si quedan dudas de la filosofía inspiradora– de *Ser y Tiempo* de Heidegger (1927) databa de un año antes de la *Teoría de la Constitución* (1928).

⁴⁵ Pero la influencia de Spinoza, le hace considerar al poder constituyente como un fenómeno *natura naturans* que puede generar nuevas formas y sujetos que lo impulsen. Así, al margen del monarca y el pueblo, nuestro autor considera plausible en su tiempo un tercer sujeto en formación, una minoría organizada y firme coincidente en la historia con ciertas oligarquías o aristocracias, que sea capaz de impulsar por diferentes medios un poder constituyente. Nombra a los consejos soviéticos o al *fascio* italiano, aunque la tipología es perfectamente ampliable: pensamos en el partido (nazi) en 1933 o en la parte del ejército que se rebela contra el orden constituido en España en 1936 o en Chile en 1973. Sobre estas cuestiones, ver Renato Cristi, “La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, n° 20, 1993.

⁴⁶ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1998.

⁴⁷ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁸ Carl Schmitt, *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, 2010.

esplendor en una de sus obras más conocidas y sin duda confusas, *Legalidad y legitimidad* (1932). En este libro, realizado de urgencia para tratar de evitar el derrumbamiento de Weimar mediante su transformación, Schmitt denunció que la Constitución de 1919 incurría en diversas contradicciones: según él, en el proceso constituyente habían quedado sin resolver algunas cuestiones fundamentales (materias y legisladores) que, pospuestas mediante “compromisos apócrifos” o “dilatatorios”, llevarían al final de la República a su destrucción como consecuencia de la polarización política reinante⁴⁹.

IV. LA POLÉMICA EN TORNO A LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.

La inestabilidad gubernamental y política, produjo tres debates de gran calidad intelectual en Weimar, en torno a cuestiones clave sobre las que se sigue discutiendo hoy en día. El primero, el relacionado con la contraposición entre democracia directa y representativa. La doctrina se dividió en torno a la posibilidad de que el recurso al pueblo mediante el referéndum permitiera superar los frecuentes cambios de gobierno y la propia polarización partidista. El segundo de los debates tuvo que ver precisamente con la aparición del Estado de partidos: Thoma, Radbruch o Triepel discutieron si dicha forma de poder favorece la democracia y si, por tanto, debe ser reconocida en la Constitución y las leyes, o si, por el contrario, el Estado de partidos constituye un enemigo de la democracia y del propio parlamentarismo. El tercero disparaba por elevación y englobaba a los otros dos, al someter al propio parlamentarismo a una crítica que ponía en cuestión su capacidad para legitimar y dar funcionalidad a la democracia de masas. Esta crítica se entiende en el contexto del fortalecimiento de la dictadura del proletariado (o partido comunista) en la Unión Soviética y del surgimiento del corporativismo fascista en países como Italia.

Kelsen y Schmitt se sitúan, con todas las consecuencias, frente a esta última disyuntiva, al margen de opiniones concretas en torno al referéndum, los partidos o la estabilidad gubernamental. El primero deja claro, en su obra más decisiva sobre la materia *Esencia y valor de la democracia*, renovada y reeditada en pleno 1929, que “La lucha por el parlamentarismo era la lucha por la libertad política. Este hecho se olvida hoy, con frecuencia, dirigiendo críticas, muchas veces injustas, contra el parlamentarismo”⁵⁰. El segundo, en el prólogo a la edición de 1926 de la *Situación histórico – intelectual del parlamentarismo*, señalará que “Frente a una democracia no solo técnica, sino también, en un sentido vital, directa, el Parlamento, generado a partir de un encadenamiento de ideas liberales, parece como una maquinaria artificial [...]. Los métodos dictatoriales y cesaristas no solo pueden ser mantenidos por la *acclamatio* del pueblo, sino que, asimismo, pueden ser la expresión directa de la sustancia y la fuerza democrática” (cursivas en el original)⁵¹.

⁴⁹ Decimos “confusas” porque en *Legitimidad y legalidad* Schmitt da cuenta de las contradicciones existenciales de la Constitución de Weimar, pero en ningún momento aporta una solución explícita a los graves problemas planteados en sentido técnico. La solución pasaba por mutar sin reforma la República en un Estado presidencialista bajo los parámetros arbitrales y totales más arriba referidos.

⁵⁰ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, p. 37.

⁵¹ Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 22.

4.1. La cosmología democrática de Kelsen.

Como es bien sabido, en Kelsen no hay alternativa entre el absolutismo y el relativismo. El primero tiene que ver con la transferencia teológica que imputa consideraciones religiosas a la política: “Quien en su voluntad y actuaciones políticas puede invocar la inspiración divina, el apoyo sobrenatural, puede tener el derecho a cerrar su oído a la voz de los hombres”⁵². El relativismo democrático tiene sin embargo una fuerte apoyatura en la teoría de la norma kelseniana: en tal teoría la norma no es producto de la razón sino de la mera voluntad humana. El legislador no razona, sino que primero delibera y luego *decide* sobre el contenido concreto y contingente de normas jurídicas de acuerdo a las múltiples visiones del mundo y la vida que se encarnan en intereses concretos. Por lo tanto, no es verdad que en Kelsen el sujeto con competencia para ello no decida: lo hace por mayoría para cerrar el debate parlamentario, para cancelar la posibilidad de aplicar la teoría del conocimiento de manera perpetua al sistema de producción del ordenamiento jurídico, lo que llevaría a un estado de indeterminación imposible de sostener.

La libertad política del ciudadano alcanza, según el profesor vienés, todo su esplendor en la antigüedad, en aquellas ciudades – Estado que permitían la participación directa del pueblo en la toma de decisiones que le concernía. Sin embargo, Kelsen señala que dicha forma de gobierno, propia de las asambleas populares de la antigua Grecia o Roma, es irrealizable en el contexto de las sociedades modernas. Aunque no quepa asociar automáticamente democracia y parlamento, “No se puede dudar seriamente de que el parlamentarismo es la única forma *real* posible bajo la que puede realizarse la idea de democracia en la realidad social de nuestros días. Por ello, la decisión que se adopte sobre el parlamentarismo equivale a una decisión sobre la democracia” (cursivas en el original)⁵³. El parlamentarismo se presenta, por tanto, como un compromiso ineludible entre la exigencia democrática de libertad y el principio de división del trabajo que condiciona todo progreso de la técnica social.

De este modo, la única salida para el Estado contemporáneo es la democracia representativa. No obstante, Kelsen advierte, en sus propuestas para la reforma del parlamento, que resulta necesario no terminar dando la razón a los que acusan al mismo de “excluir al pueblo” de la toma de decisiones, por lo que cree oportuno que se incorporen mecanismos de participación directa como el referéndum constitucional y legislativo y la iniciativa legislativa popular⁵⁴. Como se sabe, estos institutos se fueron reconociendo en algunos sistemas constitucionales tras la II Guerra Mundial. En cualquier caso, el referéndum y la iniciativa legislativa popular son la excepción que confirma la regla, situándose nuestro autor, sobre todo en 1929, frente a las opciones totalitarias que buscaban redefinir la democracia –fascismo y comunismo– eliminando el parlamento de la organización del Estado moderno. Democracia cuya *esencia*

⁵² Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 134.

⁵³ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 86.

⁵⁴ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 50.

dependía de dos variables realistas insoslayables en la consecución del *valor* (libertad) de la misma: los partidos y el principio mayoritario⁵⁵.

Vayamos con esta última cuestión. Si la democracia se considera lograda para Kelsen desde el punto de vista de que los sujetos al orden del Estado participen en la conformación del mismo, resulta claro que el sistema de adopción de decisiones no puede tender a la unanimidad sino a la mayoría, pues con tal principio se consigue hacer más libres a un mayor número de ciudadanos. La consecución de la libertad, que se expresa en la concordancia entre la voluntad individual y la voluntad del Estado, es más factible mientras menos voluntades sean precisas para rectificar en una votación la voluntad del Estado. La mayoría absoluta representa en la práctica el límite máximo. Con una mayoría menos cualificada, sería posible que la voluntad del Estado en el momento de su formación hallase más voluntades individuales adversas que favorables. Con una más cualificada, la voluntad del Estado estaría en manos de una minoría, lo que condicionaría la conexión entre libertad y democracia.

Nuestro autor eleva dos tipos de cautelas ante una posible tiranía de la mayoría. En este tema, la influencia de Tocqueville, Mill y, sobre todo, el propio Jellinek, es muy potente. La primera cautela es puramente política y revela una cercanía evidente a las instituciones del parlamentarismo anglosajón: todo procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tienden a la consecución de *transacciones*, concepto que impide hablar de la democracia como “gobierno de la mayoría” sin tener presentes los intereses y los derechos de la minoría⁵⁶. La segunda cautela es de carácter jurídico: “la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría. La dominación de esta última solo es soportable si es ejercida de forma regular”⁵⁷. Aunque no se extiende en formulaciones técnicas, Kelsen piensa que el mejor medio para articular dicha protección es prever una acción o recurso de inconstitucionalidad contra leyes, que pueda ser ejercida por una “minoría cualificada” del parlamento.

En cuanto a los partidos, Kelsen considera que no son *males necesarios* en transición hacia fórmulas definitivas y más perfectas, sino que constituyen el eje central sobre el que giran tanto la democracia como el Estado en la compleja tarea que lleva a la formación del ordenamiento jurídico. En directa confrontación con Triepel, Weber y, por supuesto, Schmitt, Kelsen afirmará que “La democracia moderna descansa, por así decirlo, sobre los partidos políticos [...]. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un *Estado de partidos*” (cursivas en el original)⁵⁸. Frente al pesimismo histórico heredado del monarquismo y las

⁵⁵ Ver, en este sentido, Sandrine Baume, *Kelsen. Un alegato por la democracia*, Jusbairens, Buenos Aires, 2015 y Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911 – 1920). Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, 2007.

⁵⁶ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁷ La existencia misma de esta posibilidad, la amenaza de poder recurrir ante el Tribunal Constitucional, debería constituir un medio eficaz para propiciar una tendencia colectiva hacia el *compromiso* entre la mayoría y minoría, uno de los ejes esenciales de la teoría de la democracia *kelseniana*. Todo este razonamiento se desarrolla en uno de los trabajos clásicos, Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, UNAM, México, 2001.

⁵⁸ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, *op. cit.*, p. 28.

técnicas revolucionarias que pretendían la toma del Estado para totalizarlo, nuestro autor parece hacer suyo el optimismo que Tocqueville ve en el fenómeno asociativo para impulsar el espíritu democrático primero en América y después en Europa.

Pero Kelsen estará atento a la evolución del propio derecho constitucional, con el objeto de intentar revertir el fenómeno aristocrático que se produce en el seno de los partidos, tempranamente denunciado por autores como Michels. A diferencia también de Triepel, el autor vienés creía que el reconocimiento constitucional de los partidos podría servir para “democratizar la formación de la voluntad colectiva dentro de su esfera”⁵⁹. Tras la II Guerra Mundial se llevó a cabo una constitucionalización de los partidos políticos en gran parte de los países europeos (por ejemplo, Italia, Alemania, Francia, Portugal o España), destacando su importancia a la hora de participar en la formación de la voluntad del Estado y la necesidad de que su organización interna atienda a premisas democráticas. La impronta kelseniana resulta aquí indudable.

La cosmología democrática de Kelsen revela, en definitiva, un pensamiento que va más allá del formalismo jurídico y el relativismo filosófico. La democracia necesita una serie de condiciones e instituciones sin las cuales no puede afirmarse ni *defenderse* la libertad política. Nos parece que hay en el conjunto de la obra del jurista austriaco una serie de reflexiones, ciertamente no siempre sistematizadas, que conducen inevitablemente a la idea de una cultura política universal sin la cual la democracia de masas se torna inviable. Y aquí es necesario afirmar, sin el menor atisbo de duda, que dicha cultura se posiciona claramente frente a las tesis autoritarias que en la época hacen imposible pensar en un *compromiso* entre clases e ideologías. Ese compromiso, que arraiga en Kelsen como consecuencia de la asunción de las tesis del programa socialdemócrata austriaco y alemán, está en las antípodas de la dialéctica entre el amigo y el enemigo que formula Schmitt con la pretensión de construir la comunidad política: “El compromiso significa: posponer lo que separa a los asociados a favor de lo que les une. Todo trueque, todo acuerdo, es un compromiso; pues compromiso significa: *tolerarse*” (cursivas en el original)⁶⁰.

4.2. Schmitt: el momento autoritario de la democracia.

Para Schmitt, el desplazamiento del centro espiritual desde la metafísica hacia la técnica y la economía, termina desviando la soberanía hacia el ordenamiento jurídico y produciendo un modelo de democracia contagiada por la idea de *límite*. Para explicarlo de manera más sencilla: toda Constitución reúne, es verdad, una serie de normas para organizar el poder, sin embargo, ésta es una característica que no hay que considerar aisladamente, sino que debe complementarse con un contenido político que impulse y aporte la energía necesaria para que el Estado decida. El Estado burgués de Derecho es un Estado progresivamente deformado porque tiende a ir rebajando la potencia de lo político como consecuencia de una filosofía débil que, aunque alcanza todo su esplendor

⁵⁹ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 32.

⁶⁰ Hans Kelsen, “El problema del parlamentarismo”, en el Vol., *Escritos sobre la democracia y socialismo*, Debate, Madrid, 1987, p. 100.

con el relativismo de Kelsen, tiene su origen en la preocupación liberal por confinar el poder e impedir que éste destruya las libertades naturales y los derechos de la minoría. Con cierta resignación, Schmitt apuntará que hasta “Guizot llama caos y anarquía a la Democracia aplicada con todas sus consecuencias”⁶¹. Veamos qué quiere decir el autor de Plettenberg con la expresión “democracia aplicada con todas sus consecuencias”.

La unidad política del Estado, canalizada como hemos señalado a través de la Constitución, se expresa según Schmitt en la voluntad del pueblo, modo de existencia o de estar que alcanza una mayor intensidad dependiendo de que predomine el principio de identidad o de representación. El principio de identidad es el que conecta a los gobernantes y los gobernados. Supone la imposibilidad de construir un Estado sin el pueblo: cuando se da un poder constituyente efectivo, el pueblo está ahí, es capaz de articular sin fisuras la unidad política. En la práctica, solo es posible en las democracias directas practicadas con rigor absoluto, “en el que todo el pueblo, esto es, todos los ciudadanos activos, se reúnen efectivamente en una plaza”⁶². En cuanto al principio representativo, nuestro autor señala que para alcanzar un sentido de autenticidad debemos desprendernos de los conceptos iusprivatistas que, desde las Revoluciones francesa y americana, los liberales han ido endosando. Frente a la legitimidad contingente de las ideologías, como el monarquismo o el republicanismo, se reivindica una especie de representación *existencial* similar a la ejercitada por la Iglesia católica: ningún sistema constitucional puede perdurar con la mera técnica de la afirmación del poder, porque no hay política sin autoridad, ni ninguna autoridad sin el *ethos* de la persuasión⁶³.

Si, como ya hemos visto, Kelsen afirma en 1920 en *Esencia y valor de la democracia* que es imposible articular un modelo de democracia que no pase por el parlamento como órgano central del Estado y la vida pública, Schmitt en 1923, en su obra clave *Situación histórico – espiritual del parlamentarismo de hoy*, rechazará de plano esa postura al denunciar que el parlamento se ha convertido en un aparato vacío, en virtud de una inercia mecánica, al desaparecer las condiciones para que se integre la voluntad normativa de la única clase social que daba sentido a su posición institucional, la burguesía. Insistimos que para Schmitt el parlamentarismo es algo distinto a la democracia, forma parte del ideal aristocrático heredado por los Estados liberales. Esta distinción le permite definirlo como “método de Gobierno y como sistema político”⁶⁴. Por ello, como ha señalado Aragón, la crítica de Schmitt al parlamentarismo puede y debe descomponerse en dos estratos distintos: como forma de gobierno propiamente, y como forma de Estado⁶⁵.

⁶¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 202.

⁶² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 206. Estamos en un caso extremo, considerando Schmitt que si bien sin identidad no hay auténtico poder democrático, no puede existir un Estado sin ningún tipo de representación. Pero es posible la consecución de la unidad política a través de la máxima representación, que sin duda queda perfectamente ejemplificada en la famosa sentencia de Luis XIV, *L’Etat c’est moi*.

⁶³ Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política*, *op. cit.*

⁶⁴ Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁵ Manuel Aragón, “Estudio preliminar”, en *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 2002.

En relación al parlamentarismo como forma de gobierno, nuestro autor reprochó la inestabilidad gubernamental como consecuencia de la fuerza del órgano legislativo. Identifica el parlamentarismo con la situación concreta que viven la III República francesa y la República de Weimar, pero olvida señalar que dicho sistema no siempre ha generado inestabilidad gubernamental y que el predominio del gobierno no siempre ha conducido a la irrelevancia del parlamento. La democracia parlamentaria como forma de Estado se basa en un órgano legislador que en realidad ya no existe: “La ratio del Parlamento reside – según la acertada expresión de Rudolf Smend- en una dinámica dialéctica, es decir, en un proceso de confrontación de opiniones antagónicas cuyo resultado es la correcta voluntad estatal”⁶⁶. La ley era norma general porque proyectaba una voluntad general que emanaba de una discusión basada en la prohibición del mandato imperativo y el principio de publicidad: era, en definitiva, expresión de la razón y de la verdad que se abren paso en un proceso de libre disputa facilitada por la homogeneidad de la clase social que la sostenía, la burguesía. Pero esta concepción de la ley desaparece porque en el parlamento moderno es imposible que se produzca la discusión en las condiciones aludidas.

Tiene todo el sentido entonces que Schmitt critique también la noción kelseniana de “Estado de partidos”. Esta noción implica la proyección de las asociaciones políticas en las estructuras estatales mediante su inserción en sus principales órganos decisorios. Sin embargo, este proceso resulta insostenible porque los partidos no son capaces de conciliar sus intereses ideológicos particulares con la voluntad “responsable” del Estado, lo que hoy denominaríamos como “políticas de interés general” que van más allá del egoísmo privativo de cada partido. Schmitt considera mucho más válida para estos fines la estructura desorganizada de los partidos decimonónicos, articulados como comités de notables donde había una relación más directa entre el votante y el representante⁶⁷. El “Estado de partidos” resultaría además incoherente con la estructura administrativa moderna. La penetración de los partidos en el corazón del Estado, es decir, el gobierno, implica la introducción de “un pluralismo de los conceptos de legalidad, que destruye el respeto a la Constitución y transforma el terreno creado por ésta en una zona insegura”⁶⁸.

La doctrina de la democracia en Schmitt toma así cuerpo en directa oposición a la elaborada por autores que puedan ser considerados como “liberales”. Estos habrían realizado una identificación entre democracia e igualdad, por un lado, y gobierno de la mayoría y libertad por otro. Nuestro protagonista rechaza esta identificación por ficticia, reconstruyendo su teoría de la democracia en torno a la legitimidad plebiscitaria del presidente del Reich y su papel de guardián de la Constitución. Como ya hemos señalado, “Democracia [...] es identidad de dominadores y dominados, gobernantes y gobernados, de los que mandan y obedecen”⁶⁹. Esta definición se deriva exclusivamente de la sustancial igualdad, lo que impide que la distancia entre el pueblo y el gobierno sea producto de una diferencia considerada como *cualitativa*. Ello tiene lugar solo

⁶⁶ Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁷ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 60.

⁶⁸ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 230.

cuando en una comunidad política, en un pueblo, no existe la homogeneidad, concepto que difiere de la igualdad. La homogeneidad permite que sea operativa la coincidencia entre gobernantes y gobernados, porque el gran problema dentro de las democracias de masas consiste en que ambos deben de ser separados por exigencias prácticas.

Es por ello que en la *Teoría de la Constitución* apunte que la decisión por mayoría es una simple ficción. Desentendiéndose del proceso político parlamentario que pueda llevar a la misma, al que suele denominar “diplomacia pública de los agentes que tienen un poder secreto”, sentencia que cualquier decisión mayoritaria siempre se hace sobre una alternativa entre el sí y el no, siendo imposible entrar al fondo que se dirime en el asunto concreto. “La decisión objetiva suele estar ya, con frecuencia, en el modo de plantear la cuestión”⁷⁰. Esto en cuanto a la decisión parlamentaria. En lo que respecta a las decisiones por referéndum, Schmitt apunta que la mayor parte de los electores, en general, tiene la tendencia a comportarse de manera pasiva frente a la decisión: “la mayoría de los ciudadanos que contesta por medio del sufragio secreto no es ni reaccionaria, ni progresiva, simplemente apolítica”⁷¹. Además, resulta erróneo afirmar que una mayoría decida cuando estamos ante cuestiones altamente divisorias para la sociedad: en tal caso, quienes suelen hacerlo son los partidos o grupos políticos intermedios que no tienen interés en la propia decisión en juego. La mayoría es un método de determinación estadística de la voluntad del Estado, inherente a un modelo de democracia parlamentaria y liberal, “que tiene interés precisamente que ciertos contrastes permanezcan en estado latente y no sean llevados a la decisión”⁷².

Si no hay posibilidad de una representación funcional, si resulta inconveniente la existencia de partidos políticos, si el pueblo y los diputados no pueden decidir por mayoría y, si es imposible y destructivo el parlamentarismo como forma de gobierno, ¿qué propone Schmitt para canalizar la voluntad popular? Nuestro protagonista considera la aclamación como el mecanismo idóneo de expresión de la voluntad popular. Para Schmitt el pueblo se sitúa antes (poder constituyente), dentro (sistema político representativo) y *junto* a la Constitución. El pueblo junto a la Constitución es el cuerpo político que se hace *presente* eludiendo las ficciones circunscritas por el sistema electoral tradicional. El pueblo, lo hemos dicho más arriba, no puede ser órgano del Estado, no puede ser representado a través de un parlamento, ni tomar decisiones efectivas, porque es una entidad no estructurada. El intento liberal de organizarlo es vano y tramposo. El voto y las elecciones son expresión de una fórmula que trata de trasponer a la política los hábitos privados del ciudadano burgués⁷³. Frente a este método artificial de agregación de voluntades, propone una democracia como imperio de la opinión pública que relacione al pueblo con el presidente – dictador

⁷⁰ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 270.

⁷¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 271.

⁷² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 273.

⁷³ “El método de sufragio secreto transforma al ciudadano con derecho a voto en un particular aislado, y le permite manifestar su opinión sin abandonar la esfera de lo privado. De una suma de la opinión privada de particulares no resulta ni una opinión pública, ni una auténtica decisión política”, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 272.

mediante la *acclamatio*⁷⁴. Una opinión pública, naturalmente, ajena al influjo del pluralismo.

V. LA CONTROVERSIA EN TORNO A QUIEN DEBE SER EL GUARDIÁN DE LA CONSTITUCIÓN.

Una vez expuestas las diferentes concepciones que nuestros dos autores sostuvieron sobre la Constitución y la democracia procede examinar la controversia más célebre que mantuvieron y que es la relativa a quién debe ser el defensor de la Constitución. La forma de afrontar esta cuestión solo puede ser cabalmente comprendida a la luz de lo hasta ahora expuesto.

5. 1. Kelsen y el Tribunal Constitucional como legislador negativo.

Las tesis de Kelsen sobre esta cuestión aparecieron clara y sintéticamente expuestas en su célebre artículo “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)” traducido del alemán al francés por Charles Eisseman y publicado en la prestigiosa *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, (núm.45, París, 1928)⁷⁵. Aunque algunas de las ideas allí contenidas derivan claramente de la experiencia austriaca, su estudio se configura como una contribución con pretensión de valor general para todos los Estados democráticos. La aportación de Austria a la justicia constitucional europea no proviene tanto de su implantación en 1920 –que no admitió la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de una minoría parlamentaria hasta 1975- como de la teorización realizada por Kelsen varios años después. Desde que Montesquieu expusiera su teoría sobre la división de los poderes, no ha habido un autor tan ligado a una teoría constitucional como Kelsen a la formulación de la justicia constitucional como parte del poder legislativo: esto es la teoría del Tribunal Constitucional como legislador negativo⁷⁶.

Para Kelsen, la Constitución sólo se encuentra garantizada en la medida en que la anulación de los actos inconstitucionales es posible. Que dicha anulación no puede quedar confiada al propio autor del acto irregular es obvio: “No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional”⁷⁷.

El propio Kelsen se anticipa a las objeciones que dicho sistema pueda plantear. Reconoce que la relativa a la posible incompatibilidad del mismo con el

⁷⁴ José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, op. cit.

⁷⁵ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, UNAM, México, D.F., 2001. Pág. 10.

⁷⁶ Boris Mirkine-Guetzevich, *Les Constitutions de l'Europe*, Librairie Delagrave, Paris, 1930. Pág. 11.

⁷⁷ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, op cit., p. 52.

principio de separación de poderes es la principal de ellas. No en vano, como veremos después, Schmitt centrará en este punto algunas de sus más fundamentadas críticas.

Es aquí cuando, sobre la base de la distinción entre función legislativa consistente en crear normas generales y función jurisdiccional generadora de normas individuales, el insigne jurista vienés formula su celeberrima teoría del Tribunal Constitucional como legislador negativo: “Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”⁷⁸. La anulación por parte del Tribunal Constitucional de una ley no se concibe como una violación del poder legislativo sino como una repartición del mismo.

Que el titular de esta facultad de legislación negativa sea un Tribunal es para Kelsen algo indiscutible: “Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional”⁷⁹.

Además, existe una gran diferencia entre la confección y la anulación de una ley, que es la que, en definitiva, permite atribuir esta última a un Tribunal: “La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación *prácticamente* no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar (...) la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional”⁸⁰.

En este contexto, el problema que no puede dejar de plantearse es el referido al riesgo de que en tanto que legislador negativo, el Tribunal Constitucional acabe suplantando al parlamento. Kelsen no eludió el tema –como ya hemos apuntado con anterioridad– y propugnó como remedio preventivo a la discrecionalidad de los jueces constitucionales, la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los Textos Constitucionales.

Para evitar precisamente el traslado del poder del parlamento a un órgano situado fuera de él y que puede convertirse en expresión de fuerzas políticas distintas de las que en el propio parlamento se expresan, Kelsen anticipa como remedio preventivo el siguiente: “la Constitución debe (...) abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de

⁷⁸ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, *op cit.*, p. 54

⁷⁹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, *op cit.*, p. 55-56

⁸⁰ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, *op cit.*, p. 56-57.

las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”⁸¹. He aquí expuesto por el propio creador del modelo de jurisdicción constitucional concentrado el principal problema y limitación del mismo.

El que fuera magistrado del Tribunal Constitucional de Austria concluye su sugerente y riguroso trabajo afirmando que “una Constitución a la que le falte la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es puramente obligatoria en su sentido técnico”⁸². Dicho con otras palabras, la Constitución sólo puede ser concebida como la norma jurídica suprema del ordenamiento en la medida en que existe la posibilidad de anular los actos inconstitucionales. Esta es la razón de ser de la justicia constitucional.

5. 2. Schmitt y el jefe del Estado como defensor de la Constitución.

Schmitt reacciona contra la construcción kelseniana: ningún tribunal de justicia puede desempeñar dicha función⁸³. La exposición de Schmitt se divide en tres partes. En la primera, toda su argumentación tiene por objetivo demostrar la contradicción intrínseca entre la función de defensa de la Constitución y la función de la justicia en el marco de una Constitución liberal (a). En la segunda parte, Schmitt expone la situación constitucional de la época y en ella realiza una crítica contundente al Estado pluralista de partidos en la que subyace una opción política claramente antidemocrática. Su enemigo es el pluralismo, su obsesión, la unidad (b). En la tercera y última parte de su exposición, como consecuencia de lo anterior, y retomando las formulaciones de Constant sobre el poder neutro, sostendrá que únicamente el jefe del Estado puede ostentar el honroso título de protector o defensor de la Constitución, y sostendrá una interpretación del art. 48 de la Constitución de Weimar coherente con ese postulado (c).

a) La impugnación de Schmitt a la justicia constitucional preconizada por Kelsen tomará como punto de partida los esquemas propios de la teoría constitucional clásica. Según el principio orgánico de la distribución del poder de la teoría constitucional clásica, a cada uno de los tres poderes del Estado le correspondía una función distinta. En ese esquema, la función judicial se caracterizaba por la decisión de casos en virtud de leyes. El hecho de que el Tribunal Constitucional pueda dictaminar sobre la validez o invalidez de una ley “aunque su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial” implica, en palabras de Schmitt, una invasión clara de la justicia en la legislación que a lo único que conduce es a la destrucción del principio orgánico de distribución del poder. “Ninguna ficción, por extrema que fuese, -concluirá Schmitt- podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara como tal”⁸⁴. Dicho con otras palabras: con el control de normas, la jurisdicción constitucional transgrede los límites de la

⁸¹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, *op cit.*, p 81-82.

⁸² Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, *op cit.*, p. 95.

⁸³ Schmitt publica inicialmente “El defensor de la constitución” en marzo de 1929 (Archiv des öffentlichen Rechts, Nueva serie, XVI, pp. 161-237) y una versión posterior elaborada y ampliada en 1931.

⁸⁴ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 57.

propia función jurisdiccional; ésta tiene que interpretar normas generales que le vienen dadas por un legislador vinculante, en tanto que un juicio sobre las mismas leyes –simplemente a causa de la indeterminación de las normas constitucionales– es una decisión política.

Por todo ello para Schmitt resulta meridianamente claro que la determinación precisa del contenido de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la Justicia. El núcleo de la crítica schmittiana a la construcción de Kelsen va a girar, por tanto, en torno al dogma de la separación de poderes, y, en concreto, a la necesaria e imprescindible diferenciación entre legislación y Justicia: “Cabe otorgar (...) al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional”⁸⁵.

La distinción entre ley y sentencia es esencial en el Estado de Derecho. La conclusión que Schmitt extrae de todo lo anterior es clara: “Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional”⁸⁶.

Esta crítica, a pesar de su aparente brillantez, pierde su consistencia si nos percatamos de que no sólo puede utilizarse contra un Tribunal Constitucional sino también contra cualquier tribunal de justicia. Además, como el propio Kelsen advertirá, desde la perspectiva decisionista de Schmitt según la cual toda sentencia es decisión, no deja de ser una pura contradicción⁸⁷. Es, en cualquier caso, en la segunda parte de la obra, donde Schmitt, a partir de unas premisas certeras y agudas, va a formular unos juicios claramente políticos con un disfraz aparentemente científico-jurídico.

b) La respuesta, al interrogante acerca de quien deba ser el defensor de la Constitución, debe partir según Schmitt del contexto de un Estado total configurado como Estado legislativo. “No es de extrañar –escribe– que la protesta contra semejante expansión del Estado aparezca, en primer lugar, como defensa contra aquella actividad política que en un momento tal determina precisamente la modalidad del Estado, es decir como defensa contra el Estado legislativo”⁸⁸.

El análisis schmittiano resulta esclarecedor. El diagnóstico, por decirlo de alguna manera, parece acertado, y, además, sugerente y brillantemente formulado. Ahora bien, frente a los problemas descritos, esto es la amenaza de un legislador omnipotente ante la continua expansión de los fines estatales, el remedio prescrito no podrá ser más inoportuno y ello desde las propias premisas de la argumentación schmittiana. Schmitt no es coherente con sus propios

⁸⁵ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 67.

⁸⁶ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 82.

⁸⁷ En su *Teología política*, Schmitt sostiene que en toda aplicación de una norma general a un caso concreto existe un componente decisionista ineliminable. Esta tesis confiere un carácter político a la labor del juez que es negado en su obra sobre el guardián de la Constitución. Allí se presenta la aplicación de una norma general al caso concreto como una subsunción lógica.

⁸⁸ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 284.

postulados. Frente a los problemas denunciados anticipa que no es precisamente la justicia, sino acaso el gobierno, quien puede arbitrar soluciones.

En cualquier caso, las razones últimas y verdaderas en las que reside el rechazo de Schmitt al parlamento son de índole ideológica. Y ya han sido expuestas en epígrafes anteriores. Para él, la Constitución es expresión de la voluntad de la unidad del pueblo, y el parlamento amenaza la Constitución en cuanto pone en peligro esa unidad. Identificada la Constitución con la unidad del pueblo, el pluralismo se convierte en un peligro potencial. Ese peligro se concreta en el momento en que el parlamento, institución que traduce políticamente ese pluralismo social, se manifiesta incapaz de lograr el acuerdo. Ese es el peligro que hay que conjurar. Habida cuenta que se trata de una amenaza muy distinta a la planteada por Kelsen, no puede tampoco sorprender que los mecanismos de defensa propuestos sean también diferentes.

De lo expuesto hasta ahora, podemos extraer algunas conclusiones. La Constitución tiene que ser defendida principalmente del parlamento legislador, pero no tanto del hecho de que éste no se ciña a los límites materiales y formales que aquella le impone, como advirtiera Kelsen, sino de la circunstancia de que el pluralismo en él representado le impida adoptar las necesarias medidas para el funcionamiento del Estado total. Por todo ello, no cabe atribuir al legislador la función de protección de la Constitución. Y es ahora cuando comprendemos la reiterada insistencia de Schmitt en negar la posibilidad de configurar a la justicia como defensora de la Constitución. Si no cabe atribuir la defensa de la Constitución ni al parlamento ni a la justicia, la conclusión a la que el jurista alemán quiere conducirnos se presenta como evidente: es preciso acudir al gobierno, y dentro de él, al jefe del Estado como único defensor, real y eficaz, de la Constitución del Estado. Si el parlamento no puede decidir, que decida el jefe del Estado, encarnación de la unidad del pueblo. No tiene sentido atribuir esta facultad a un tribunal de justicia.

Expuesto así el problema y la solución, fácilmente nos percatamos de que Kelsen y Schmitt hablan de cosas distintas. La problemática aludida por Schmitt nada tiene que ver con la defensa jurídica de la Constitución. Se trata de un problema particular subsumible en una categoría de defensa de la Constitución entendida en un sentido amplio. El problema relativo a qué mecanismos arbitrar para evitar la parálisis del Estado en los supuestos de que una fragmentación extrema del parlamento impida a éste legislar. La racionalización del parlamento parece en este sentido un expediente más adecuado para resolver ese problema⁸⁹. En cualquier caso, lo cierto es que la respuesta de Schmitt deja sin resolver la cuestión de quién defiende la constitución de una posible violación imputable al jefe del Estado. Y no la resuelve porque según sus premisas esa hipótesis no puede plantearse. La razón de esa imposibilidad es la enorme ficción en la que fundamenta su tesis: el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo encarna la unidad de dicho pueblo y la Constitución es expresión de esa unidad. En última instancia el pensamiento de Schmitt identifica, en cierto modo y aunque expresamente no lo formule así, al jefe del Estado con la Constitución misma.

⁸⁹ Como bien lo subrayó en su meritorio examen del derecho constitucional de entreguerras, Boris Mirkine-Guetzevich, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 2011, pp. 43-51.

c) Schmitt presenta esta opción del jefe del Estado como defensor de la Constitución como la única alternativa posible a la “ficticia” solución kelseniana. Alternativa, por un lado, coherente, según él, con la propia lógica interna del edificio liberal, y su fundamento, la separación de poderes. Por otro lado, efectiva y real, pues Schmitt pondrá en tela de juicio la efectividad de la justicia constitucional en el contexto de un Estado de partidos. Y, finalmente, lo que no deja de ser sorprendente, como alternativa más democrática, pues Schmitt, frente al intento de establecer un Tribunal Constitucional subrayará también las dificultades para que un régimen democrático ceda tan fácilmente a “las decisiones de la aristocracia de la toga” la definición de los valores políticos fundamentales del sistema.

Para evitar la politización de la justicia y mantener vigente el principio de distribución del poder, Schmitt propondrá atribuir la función de defensa de la Constitución al jefe del Estado elegido directamente por el pueblo e independiente de los partidos. A la hora de buscar un defensor de la Constitución, “no se aspira tanto a una instancia judicial como a una instancia neutral e independiente, pues sólo se desea utilizar el carácter judicial como el medio más seguro y evidente de conseguir una independencia garantizada por los preceptos constitucionales”⁹⁰. Esa instancia independiente y neutral ya existe. La encarna el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo y encarnación de su unidad. De esta manera las feroces críticas al formalismo kelseniano y a sus ficciones concluyen, paradójicamente, con una ficción más peligrosa que ninguna, a saber, la de que el jefe del Estado representa la unidad del pueblo.

“Parece oportuno -escribe- en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada (garantizar la Constitución) a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución”⁹¹. El argumento puede ser empleado en contra de su tesis. La brillantez de su estilo, y la agudeza de sus juicios, a lo que en ningún modo puede llegar es, a convencernos de que el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo, no es precisamente uno de los poderes de ese Estado.

5.3. La réplica de Kelsen a Schmitt.

La réplica de Kelsen a la acerba crítica de Schmitt a la justicia constitucional apareció en 1931. En ella vino a demostrar que en la obra de Schmitt nos encontramos con un pensamiento que se destruye a sí mismo.

Kelsen comienza recordando algo tan obvio como que defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es proteger la Norma Fundamental contra las violaciones. Que estas pueden provenir tanto del parlamento como del gobierno resulta igualmente indiscutible. Tan indiscutible como el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa. En este contexto la tesis del jefe del Estado como defensor de la Constitución desempeña hoy la misma función que cumplió cuando fue alumbrada por los ideólogos del principio monárquico: “Lo que en realidad se

⁹⁰ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 276

⁹¹ Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 240.

pretendía –advierte Kelsen- era impedir una eficaz garantía de la Constitución, al menos contra su violación por parte de quien principalmente la ponía en peligro, esto es, del monarca; más precisamente, del Gobierno, es decir, del Monarca junto con los ministros que refrendaban sus actos”⁹². Para Kelsen resulta paradójico que Schmitt, tras exponer las profundas transformaciones experimentadas por el Estado Constitucional, termine exhumando “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el Jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución”⁹³. La realidad, hoy como ayer, no se corresponde con esas afirmaciones. En las monarquías constitucionales decimonónicas el peligro de una violación de la Constitución provenía del gobierno por lo que la tesis del monarca como poder neutro defensor de la Constitución era radicalmente falsa. Tan falsa, recordará Kelsen, como lo es hoy, porque el gobierno y el jefe del Estado en el seno del Estado democrático siguen configurándose como poderes del Estado susceptibles de incurrir en violaciones constitucionales.

Rechazada así la alternativa propuesta por Schmitt, Kelsen procede a defender su construcción de una jurisdicción constitucional concentrada. Las objeciones planteadas son rechazadas en los siguientes términos.

La primera y gran objeción de Schmitt a la justicia constitucional consistía, como hemos visto, en la reiterada afirmación de que declarar inconstitucional una ley no es misión de un Tribunal, porque no se trata de una función jurisdiccional sino de una función política. Kelsen rechaza el fundamento mismo de tal afirmación, esto es la existencia de una contradicción esencial entre jurisdicción y política, puesto que según él entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa no cualitativa. El carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación general le otorga. Por ello, escribirá Kelsen: “Lo que puede afirmarse es sólo lo siguiente: que la función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales, y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional”⁹⁴. En definitiva, Kelsen subraya que la sentencia de un Tribunal constitucional, por ser un acto de legislación (negativa), no deja de ser un acto de jurisdicción, y que ambos tienen carácter político. En última instancia, y aunque ahora no quiera reconocerlo, a ello conduce también el decisionismo de Schmitt según el cual en toda sentencia de un tribunal existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma.

En segundo lugar, Kelsen rechaza el concepto de jurisdicción de Schmitt en cuanto función vinculada a normas claras. Lo cierto es más bien lo contrario, y ello no sólo en el caso de la jurisdicción constitucional sino en el de cualquier otra: “La jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de

⁹² Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 294.

⁹³ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 296.

⁹⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 308.

disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el derecho”⁹⁵. Respecto a la imposibilidad alegada por Schmitt de que exista jurisdicción de una norma sobre otra, Kelsen recuerda para explicar la función del Tribunal Constitucional la diferencia entre la ley como norma y la generación de la ley como hecho concreto: “Una norma debe ser anulada en su validez individual o general en razón de que el hecho concreto de su generación se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior”⁹⁶.

Llegados a este punto y relativizado así el problema de la jurisdicción, Kelsen se pregunta por qué es tan importante para Schmitt establecer que la justicia constitucional no es jurisdicción, sino legislación cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas. Tan importante que, como hemos visto, Schmitt llega a incurrir en contradicciones evidentes. La razón está clara: de lo que se trata es de negar la posibilidad de encomendar la defensa de la Constitución a un colegio de jueces independientes. Esto es, porque el control de la constitucionalidad no es jurisdicción sino legislación, no puede ni debe ser encomendada a un Tribunal. En este punto Kelsen le recuerda a Schmitt que no debería olvidar un dato incontrovertible: existe un Estado, Austria, en el que durante más de diez años ha funcionado y funciona un Tribunal Constitucional⁹⁷.

Kelsen reconoce abiertamente, como vimos al analizar su exposición inicial, el riesgo de que el Tribunal Constitucional como legislador negativo pueda suplantar al parlamento, y en ese sentido admite que no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los ‘límites’ de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Y en este sentido, y ante esta cuestión, recuerda, una vez más que, si se desea restringir el poder de los Tribunales, y con ello el carácter político de su función, debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Traducido lo anterior al plano constitucional, Kelsen insistirá en que las normas constitucionales “en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como libertad, igualdad, justicia, etc.”. De lo contrario, advierte el insigne jurista vienés, “existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución”⁹⁸. Ahora bien, este no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es asimismo válido para las relaciones entre la ley y los tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican.

Kelsen va a concluir su réplica atacando el punto más débil de las tesis de Schmitt, esto es, la consideración del jefe del Estado como generador de la unidad del mismo y del pueblo. “Cuando la Constitución instituye un Tribunal

⁹⁵ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 310.

⁹⁶ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 314.

⁹⁷ Kelsen recuerda también a Schmitt que fundamentar la función exclusiva de la protección de la Constitución en el art. 48 de la Constitución supone desconocer que el art. 19 de la misma prevé expresamente que los tribunales resuelvan litigios constitucionales.

⁹⁸ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 320.

constitucional –escribe– no es una ‘ficticia judicialidad’ sino una institución real (...) si algo hay que puede ser caracterizado de ficticio es precisamente aquella ‘unidad del pueblo’⁹⁹.

El representar de forma visible la unidad del Estado es, sin ninguna duda, la función que desempeña el titular de la jefatura del Estado según todas las Constituciones que establecen tal órgano. Ahora bien, con meridiana claridad advierte Kelsen que “es ideología, en lugar de realidad, cuando se ve en la institución del jefe del Estado no sólo un símbolo ético-político postulado por la unidad del Estado, sino el producto o generador real de dicha unidad, en el sentido de una efectiva solidaridad de intereses”¹⁰⁰. Esa ficción sólo aparentemente democrática podría formularse de la siguiente manera: el pueblo que conforma el Estado es un todo colectivo homogéneo portador, por tanto, de un interés colectivo unitario, y se expresa también mediante una voluntad colectiva unitaria. Esta voluntad que se sitúa más allá de todos los antagonismos de intereses y, con ello, sobre los partidos políticos, no es generada por el parlamento; este es el escenario de la contraposición de intereses, de la atomización pluralista, de la fragmentación político-partidista. El generador de dicha voluntad es el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo. El carácter ideológico de una tal interpretación, advertirá Kelsen, es manifiesto.

Presentar al jefe del Estado como una instancia independiente y neutral cualificada para actuar como defensor de la Constitución es otra ficción más. Su elección democrática tendrá lugar bajo la presión de los partidos y ello no garantiza en modo alguno su independencia¹⁰¹. Y aquí, una vez más, Kelsen no puede menos que advertir el hecho de que Schmitt concluye con unas afirmaciones que parecen dirigidas contra sus propias tesis. Estamos de nuevo ante el pensamiento que se niega a así mismo, porque cuando Schmitt defiende la esencia de la ‘neutralidad’ que debe ser el presupuesto de la función de un defensor de la Constitución, se adapta precisamente a un Tribunal Constitucional y está orientada contra el jefe del Estado. Y ello por la razón evidente de que el jefe del Estado ni es ni puede ser una instancia diferente de uno de los poderes existentes, cualidad que si es predicable de un Tribunal creado ad hoc.

Establecido que el jefe del Estado no es más neutral e independiente que un colegio de jueces, Kelsen mantendrá, con igual firmeza, que tampoco desde un punto de vista democrático ofrece ventaja alguna: “¿Por qué razón un Tribunal

⁹⁹ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 345.

¹⁰⁰ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 346. En la medida en que “toda controversia jurídica es una controversia política”, confiar el control de constitucionalidad a un Tribunal sobre la base de un procedimiento contradictorio presenta la ventaja de “sacar a la luz la efectiva situación de los intereses”. Intereses que Schmitt quiere ocultar bajo ficciones.

¹⁰¹ Schmitt olvida –interesadamente– que el poder neutral teorizado por Constant no era ejercido por un jefe de Estado plebiscitado. Y que, de hecho, Constant subrayó la superioridad de la herencia respecto a la elección a los efectos de garantizar la neutralidad del jefe del Estado. Por otro lado, el decisionismo y la doctrina schmittiana de la soberanía está en las antípodas del pensamiento liberal de Constant para quien la soberanía nunca podrá justificar el despotismo y mucho menos el terror: “La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto”. Benjamin Constant, *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989, p. 17.

constitucional puede ser un defensor antidemocrático de la Constitución, menos democrático que el jefe de Estado?”¹⁰². Las objeciones relativas a la aristocracia de la toga de la que hablaba Schmitt desaparecen simplemente con el hecho de que un Tribunal Constitucional elegido por el pueblo o solo por el parlamento representa algo totalmente distinto de una tal aristocracia.

En última instancia ocurre que toda la construcción de Schmitt está viciada de raíz. Como afirma Kelsen, toda su obra está saturada por la tendencia a ignorar la posibilidad de una violación de la Constitución por parte del jefe del Estado o del gobierno. Desde el momento en que Schmitt realiza la afirmación, indemostrada e indemostrable, de que el Tribunal Constitucional se opone sólo al parlamento, desvirtúa la función de defensa de la Constitución y la transforma en la función de contrapeso del parlamento. Y ésta otra función, que nada tiene que ver con el control de la constitucionalidad de los actos estatales, le corresponde, cierto es, según la Constitución de Weimar al jefe del Estado. Toda la construcción de Schmitt puede reducirse a un simplificado y falso escenario en el cual, de los dos titulares del poder del Estado designados por la Constitución, uno actúa como enemigo del Estado y otro como amigo del mismo. Uno pretende destruirlo, es decir, destruir su unidad; el otro, generador de dicha unidad, lo defiende de su destrucción. “El destructor y el defensor de la Constitución; esta es –apostillará Kelsen- con atavíos del derecho Público la leyenda de Ormuz y Ahrimán”¹⁰³.

VI. CONCLUSIONES.

Kelsen y Schmitt están destinados a ser dos clásicos del derecho público en general, y del constitucional en particular. Ambos se interesaron por los mecanismos más intrincados del Leviatán de su tiempo, una maquinaria complejísima que tenía que hacer frente a la gran novedad del siglo XX en términos de legitimidad: la incorporación plena del principio democrático a una forma de poder, el Estado, acostumbrado a cerrar mediante ficciones jurídicas los diversos conflictos que hasta antes de la I Guerra Mundial se le fueron presentando.

Entreguerras fue (y sigue siendo), un periodo fascinante. Aquí solo hemos presentado una parte del debate, dejando fuera a dos de los cuatro gigantes que dominaron el derecho público centroeuropeo durante ese periodo: Smend y Heller. Weimar, Austria, la II República española, supusieron jalones fundamentales en el objetivo de colocar al Estado como eje fundamental para integrar las contradicciones de la sociedad. Ahora bien, en todos los casos indicados el proyecto acabó en tragedia, como consecuencia de la inexperiencia institucional, la inoperancia de una cultura democrática que estaba por hacer y, sobre todo, un bagaje histórico imposible de soslayar cuando se trataban de remover los viejos centros de mando.

En un bellísimo y poco conocido ensayo escrito en Colonia en 1932, Kelsen se sitúa ante la tormenta que se avecina. En él afirmaba –lo recordábamos en la introducción- que la Constitución de Weimar “era la más libre Constitución que

¹⁰² Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 357.

¹⁰³ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 365.

un pueblo se haya dado nunca, un monumento erigido por el pueblo alemán, tras los horrores de la guerra, al proyecto de que la forma de su vida política no debiera ser otra que la república democrática”¹⁰⁴. Tras la derrota del nazismo y fascismo y los horrores de un conflicto bélico aún más terrible que aquella, Europa tomó conciencia de que en ausencia de límites y vínculos a los poderes públicos y privados, sigue prevaleciendo la ley del más fuerte. En el molde de la legalidad *kelseniano*, como dijo tempranamente el gran Piero Calamandrei, “se puede vaciar oro o plomo”. Por eso, hay que rechazar tajantemente las acusaciones de formalismo jurídico vacío que tradicionalmente se han hecho sobre su obra: su construcción tuvo como objetivo no solo dar una salida jurídica a los conflictos políticos, sino aplicar una terapia de vigilancia exhaustiva a todos y cada uno de los actos que se adoptaban en el seno del Estado y sus órganos.

El molde de Kelsen, con su idea de Constitución normativa, control jurisdiccional de la misma y apertura del ordenamiento nacional a las nuevas formas de cosmopolitismo jurídico, sentó las bases de los Estados constitucionales que fueron edificándose en el continente después de la II Guerra Mundial. En particular, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, supuso en gran medida la imposición de un nuevo paradigma donde se fusionan la ley de la razón y la ley de la voluntad, el derecho natural y el derecho positivo. Las Constituciones que actualmente tienen como ámbito inmutable la dignidad humana y los derechos fundamentales, como sin ir más lejos es el caso de la española (art. 10.1 CE), expresan un concepto histórico de justicia imposible de formular sin la certeza del sistema positivo kelseniano. Justo es reconocer esta aportación, pese a que durante bastante tiempo se acusó infundadamente al autor vienés de haber promocionado mediante su relativismo el suicidio democrático de Weimar o de Austria, lo que le valió el ostracismo en una academia alemana donde aún podía sentirse el antisemitismo¹⁰⁵.

Sin embargo, resulta paradójico, que pese a la innegable contribución que Schmitt hizo para desprestigiar la Constitución de Weimar, mediante propuestas que suponían su presidencialización hasta límites que penetraban en el autoritarismo, su pensamiento tuviera aún algo que decir en la recuperación de la democracia alemana. Ciertamente, la plausible tesis de que la caída de Weimar pudo deberse a la insuficiente democratización de su sistema político, quedó aplazada cuando los Estados constitucionales surgidos en la propia Alemania, Francia y, en menor medida Italia, se ataron al mástil de la racionalización parlamentaria para evitar la inestabilidad institucional que pudo haber conducido, por distintas vías, al fascismo. La Ley Fundamental de Bonn procedió a proteger la democracia y la Constitución, incorporando un mecanismo de defensa frente a los partidos “que tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia” (art. 21.2) y prohibiendo la reforma de núcleos importantes del Texto Fundamental, entre ellos los derechos fundamentales y la dignidad humana (art. 79.3). Loewenstein y Schmitt, que se habían reencontrado en el contexto de los arrestos a profesores por su

¹⁰⁴ Hans Kelsen, *Sociologia della democrazia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 1991.

¹⁰⁵ Oliver Lepsius, “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República federal alemana”, *Historia Constitucional*, nº 9, 2008.

participación en el nazismo, en los papeles de acusador y acusado, veían cómo algunas de sus ideas más destacadas, encontraban reflejo en la nueva andadura constitucional que se iniciaba en Alemania, eso sí, por exigencia de las potencias vencedoras.

Que ello fue así, lo demuestra el hecho de que en un artículo escrito en 1949, con seudónimo, Schmitt señalara que la recientemente aprobada *Grundgesetz* era, antes que nada, una norma que construía un Estado de Derecho articulado lógicamente: superaba, de forma definitiva, la contraposición de núcleos constitucionales que se producía entre la parte organizativa y dogmática en la Constitución de Weimar, como había denunciado en *Legitimidad y legalidad*, en el verano de 1932. Ello se debía a que el “constituyente” alemán había tomado una decisión inapelable en los 19 primeros artículos de la Ley Fundamental, al apostar por los derechos de participación y libertad como ejes de la conformación presente y futura de la comunidad política alemana. Esta decisión originaria, quedaba además protegida, según había propuesto él en su *Teoría de la Constitución*, mediante la cláusula de eternidad o intangibilidad (art. 79.3) más arriba citada.

Tras el final de la II Guerra Mundial, tuvo lugar el momento de mayor esplendor de lo que el historiador británico Eric Hobsbawm llamó “siglo corto”. Las principales características jurídico – políticas de este tiempo, que parten de Alemania y pueden extrapolarse a los países que después fueron incorporándose a la Unión Europea, pueden localizarse en una suerte de “patrimonio constitucional” que determinó los desarrollos del Estado, la democracia y la defensa de la Constitución (Pizzorusso, 2002). Si comenzamos por el primer elemento, resulta evidente que pese a que la mayor parte de estudiosos rechazaron la influencia explícita de Kelsen, diríamos que “el pensar constitucionalmente” se sobrepuso “al pensar estatalmente”. Después del fracaso de Weimar, el Estado se constitucionalizó por completo y la Norma Fundamental se convirtió en el parámetro existencial del mismo: pero ya no como propuso Schmitt, esto es, como norma enfocada a reforzar el poder en situaciones de desorden político y social, sino como razón jurídica que dotaba de legitimidad al sistema y aportaba los elementos interpretativos necesarios para cohonestar la democracia, los intereses y el derecho en permanente transformación. Forsthoff advirtió que contemplar al Estado como una simple reserva en caso de caída de la Constitución, equivalía a reducirlo a una forma latente de estado de excepción. Al cabo de los años, aquella advertencia suena como una profecía cumplida¹⁰⁶.

Fecha de envío / Submission date: 23/04/2019

Fecha de aceptación / Acceptance date: 8/05/2019

¹⁰⁶ Ernst Forsthoff, *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales (1954 – 1973)*, Tecnos, Madrid, 2015.